

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***DONACIÓN DE GANANCIALES(\*) (469)***

MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

<b>SUMARIO</b>
----------------

I. Especialidad del tema - II. Donación de gananciales durante la vigencia de la sociedad conyugal. - Evolución legal. 1º) Régimen del Código Civil. 2º) Régimen de la ley 11357. - 2. Régimen del decreto - ley 17711/68. 1º) Gananciales del dominio de uno de los cónyuges. 2º) Gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos ("gananciales de titularidad conjunta"). 3º) Gananciales de "origen dudoso" o de "difícil prueba" ("gananciales de titularidad dudosa"). 4º) Caso del bien de familia ganancial. 5º) Asentimientos. 6º) Mandato para donar. 7º) Eficacia de la donación. 8º) Protección del interés del cónyuge no donante en las donaciones que no requieren su asentimiento. - III. Donación de gananciales entre la disolución y la liquidación concluida de la sociedad conyugal. - 1. Distintos casos. - 2. Eficacia de la donación. - IV. Donación del "hogar conyugal" ex ganancial. - V. Donaciones disimuladas durante

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la vigencia de la sociedad conyugal. - 1. ¿Simulación del asentimiento?. - 2. Donación disimulada en perjuicio del cónyuge. - 3. Otros casos de simulación ilícita. 4. Simulación lícita. - VI. Donación en fraude al cónyuge celebrada durante la vigencia de la sociedad conyugal. - VII. Donación en fraude a los acreedores celebrada durante la vigencia de la sociedad conyugal. - VIII. Cuestiones sucesorias. - 1. Colación. 1º) Consideración del problema según la estructura y el funcionamiento del régimen de bienes de los cónyuges. 2º) Consideración del problema según el ordenamiento de la sucesión mortis causa. 3º) Dispensa. - 2. Reducción. - 3. Donaciones que la ley presume disimuladas. - 4. Partición - donación de gananciales. - 5. Protección del interés del cónyuge del donante después de la muerte de éste.

## **I. ESPECIALIDAD DEL TEMA**

La donación de gananciales es susceptible de singulares vicisitudes por incluirse al mismo tiempo en tres distintas áreas normativas: la del contrato de donación la de la sociedad conyugal y la de la sucesión mortis causa.

Los diversos aspectos de su problemática interesan al profesional requerido para asesorar y en las hipótesis del art. 1810 para formalizar el negocio. Además de asegurar el cumplimiento de los requisitos de validez intrínseca y formal debe siempre ilustrar a las partes sobre la conveniencia del acto y sobre la posibilidad jurídica de la obtención efectiva y definitiva de los propósitos que las animan. Si bien a estos fines es suficiente la remisión a las normas que rigen el contrato de donación y la sucesión de los legitimarios cuando la cosa donada es del dominio de donante soltero o bien propio de donante casado la aplicación de esas mismas normas resulta insuficiente o mucho más compleja cuando la cosa cuyo dominio se transfiere gratuitamente a otro es una cosa ganancial: el objeto del contrato determina sus particularidades dentro del género de la donación.

## **II. DONACIÓN DE GANANCIALES DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

El supuesto a tratar en primer término abarca la donación de gananciales celebrada durante la vigencia del régimen de bienes de los cónyuges es decir desde la celebración del matrimonio hasta la disolución de la sociedad conyugal por alguna de las causas que la ley establece reservándose los aspectos sucesorios para su consideración en conjunto con los similares emergentes de donaciones celebradas entre la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal.

### **1. Evolución legal**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Formando parte de la actuación jurídica de los esposos la donación efectuada por éstos comparte la evolución del régimen de gestión de bienes de los cónyuges que pone de relieve su especialidad desde la primera etapa.

**1º) RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL**

La gestión normal de los gananciales correspondía al marido (art. 1276) con plenas atribuciones para disponer de ellos (art. 1277), pero necesitando el "consentimiento" de la esposa o "autorización suplementaria del juez" para la donación de inmuebles gananciales (art. 1807 2º). El cónyuge emancipado estaba impedido para donar (art. 134). En la gestión extraordinaria de los gananciales por la esposa cuando le correspondía era indispensable la autorización especial del juez para la enajenación de inmuebles propios suyos propios del marido o gananciales aun onerosa (art. 1285).

**2º) RÉGIMEN DE LA LEY 11357**

Los efectos derogatorios de la ley 11357 no fueron de segura interpretación a pesar de que su art. 9º establece que quedan derogadas las disposiciones del Código Civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la misma. La incompatibilidad de contenidos a que se refiere este texto como especie de derogación tácita expresamente consignada, exige incompatibilidad absoluta evidenciada por la identidad de la materia y las disposiciones diferentes o contrarias de las leyes sucesivas que se comparan. Dichos extremos no resultan claramente, por ejemplo, del estudio paralelo de los arts. 1275 Cód. Civil y 5º y 6º de la ley, ni cotejando el art. 7º de ésta con los arts. 134 y 135 de aquél. Lo que interesa ahora subrayar surge de la comparación del inc. 2º del art. 1807 Cód. Civil con el apartado a) del inc. 2º del art. 3º de la ley de 1926. Era innegable la desarmonía entre la restricción impuesta al marido para donar inmuebles gananciales y la amplitud de poder dispositivo de la esposa que la ley 11357 reconocía sobre su peculio y lo adquirido con éste pero la constatación de la discordancia no satisfacía por sí sola los requisitos de la derogación tácita, pues la gestión del marido cubría otros gananciales además de su peculio es decir el campo delimitado por el inc. 2º del art. 1807 era mayor que el circunscripto por el apartado a) del inc. 2º del art. 3º de la ley 11357.

Cupo al respecto una triple vertiente interpretativa: reconocer a la esposa una facultad que se negaba al marido o extender a éste los poderes de disposición reconocidos a la esposa pero sólo relativamente a su peculio personal y a lo adquirido mediante su inversión o restringir los poderes de disposición de la esposa exigiéndole autorización marital cuando las cosas adquiridas con su peculio eran inmuebles.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La vigencia actual de un régimen de gestión de bienes de los esposos fundamentalmente distinto al del Código Civil y la ley 11357, exime de más extensa consideración de los problemas esbozados cuya solución uniforme no se logró. Para resolver los casos que aún pueden aparecer por cuestionarse negocios celebrados y consumados durante la vigencia del sistema sustituido es necesaria la remisión a la doctrina y jurisprudencia que le fueron contemporáneas(1)(470).

La precedente observación es extensible a las dificultades de coordinación que plantearon los arts. 134 Cód. Civil y 7° de la ley 11367(2)(471), aclarándose que si bien el último se refería a bienes propios la problemática relativa a la gestión de gananciales por los esposos mayores de edad no era ajena a los emancipados ante la generalidad de los términos iniciales del mencionado art. 7°.

## **2. Régimen del decreto - Ley 17711/68**

El decreto - ley 17711/68 iguala a los esposos mayores de edad a través de la plena capacidad civil de la mujer según el art. 1° de la ley 11357 y del dinamismo de la gestión de bienes de los cónyuges (arts. 1276 y 1277 Cód. Civil ) e iguala a los esposos emancipados mediante la derogación expresada del art. 7° de aquella y la no distinción entre marido y mujer en los efectos de la emancipación (arts. 134 y 135).

La donación de cosas gananciales durante la existencia de la sociedad conyugal sugiere las siguientes precisiones.

### **1º) GANANCIALES DEL DOMINIO DE UNO DE LOS CÓNYUGES**

El art. 1277 configura el acto de disposición sobre los bienes que incluye, como un negocio complejo, pues la voluntad del titular de los derechos sobre el objeto del acto debe integrarse con el asentimiento del consorte. Este requisito de validez es indispensable en toda donación de inmuebles o muebles registrables, si es que toda donación constituye acto de disposición. La opción por la afirmativa se desprende de la tipificación funcional del acto de disposición, porque la donación disminuye sustancialmente el capital, se realiza sin contraprestación y excede el gobierno normal del patrimonio(3)(472). Pero algunas dudas surgen de la aplicación rigurosa del criterio objetivo, que considera acto de disposición al que recae sobre bienes de capital, o, más restringido, sobre bienes de capital fijo, por oposición a los actos que recaen sobre frutos o rentas, o también sobre bienes de capital circulante(4)(473).

Por ejemplo, la aplicación de esta base de diferenciación conduce a considerar la donación de un inmueble o de un mueble registrable como acto de administración cuando la actividad comercial del consorte donante consiste en la enajenación onerosa de dichas cosas, ya que se trata de un negocio que recae sobre bienes de capital circulante. El ejemplo no es absurdo: piénsese en un vendedor de automóviles que dona una unidad con fines benéficos pero obedeciendo a propósitos de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

promoción de sus actividades profesionales.

Si estas donaciones se reputan actos de administración, quedan incorporadas al grupo de las donaciones que no necesitan asentimiento conyugal, al menos que se sostenga el argumento de la vigencia actual del inc. 2º del art. 1807 Cód. Civil para las donaciones de inmuebles que resultaran excluidas del art. 1277 (aplicándolo también a las efectuadas por la esposa) por entender que es norma específica del contrato de donación no derogada tácitamente por una reforma que recae sobre otra institución, cual es la sociedad conyugal.

Como obvia consecuencia del contenido del art. 1277, las donaciones de cosas muebles no registrables, cualquiera sea su valor, están sustraídas al requisito del asentimiento conyugal.

Las consideraciones que anteceden son aplicables a la donación efectuada por un emancipado. La prohibición absoluta que establece el art. 134 se refiere a bienes adquiridos a título gratuito, esto es, a bienes propios del consorte menor de 21 años.

**2º) GANANCIALES ADQUIRIDOS CONJUNTAMENTE POR AMBOS ESPOSOS ("GANANCIALES DE TITULARIDAD CONJUNTA")**

Los gananciales de "titularidad conjunta" constituyen una categoría de frecuente presentación, especialmente en materia de inmuebles, pues ambos esposos suelen figurar como compradores en la correspondiente escritura. La complejidad de su caracterización y la posibilidad de que sean estos gananciales el objeto preferido de las donaciones a los hijos, reclama atenta reflexión sobre todo considerando que las distintas posiciones doctrinarias no pueden estimarse superadas por la conclusión, necesariamente escueta, de las y Jornadas de Derecho Civil. En las mismas se impuso la tesis que los reputa sujetos al régimen patrimonial matrimonial sin que corresponda la aplicabilidad del régimen legal del condominio, por sobre las otras dos tesis debatidas que los remitían al régimen del condominio directamente o por analogía(5)(474). Claramente sentado que de ninguna manera se pretende que la naturaleza jurídica de los gananciales pueda explicarse como la de cosas en condominio mientras existe la sociedad conyugal, es prudente preguntarse si la remisión del art. 1262 es suficiente para determinar el régimen de los gananciales de titularidad conjunta en todas sus facetas o si aun a pesar de la misma remisión es de valor jurídico la referencia a bienes en condominio por la analogía que nace de la doble titularidad: el bien ha sido adquirido por ambos esposos. pertenece a ambos e integra el patrimonio de uno y otro en proporción a sus respectivas inversiones. Hay un cierto acuerdo doctrinario que se pronuncia por la actuación conjunta para la celebración de actos de administración sobre los gananciales estudiados(6)(475). En efecto, el art. 1276 confiere a cada consorte la administración de los gananciales que adquiere y si ambos adquirieron, figurando el bien, si inscripto, a nombre de los dos, ambos lo administransin que corresponda alterar la regla confiriendo la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

administración al que más invirtió para adquirir. Sólo la muy remota posibilidad de un acto de administración que recayera sobre la porción indivisa permitiría admitir su celebración por el titular de los derechos sobre ella(7)(476).

También el art. 1276 se refiere a la disposición por el titular limitándola con la "salvedad prevista en el art. 1277". Obliga así a formular dos distinciones con respecto a los gananciales de titularidad conjunta, que provienen una, del art. 1277 que separa los gananciales según que incluidos o excluidos de su preceptiva y, la otra, de que el objeto del negocio sea todo el bien o una parte indivisa. Las reflexiones siguientes se aplican al negocio dispositivo de enajenación pues se estudia la donación que lo es, gratuitamente, salvo que resulte ser acto de administración por adherir el intérprete a un criterio objetivo de distinción con los dispositivos. Atiéndase primero a los gananciales excluidos del art. 1277: su enajenación total demanda la intervención de ambos titulares, pero ¿puede enajenarse la parte indivisa?

Buscada la respuesta en la esfera de la sociedad civil y de las facultades del o los administradores, se tropieza con un obstáculo inicial: la sociedad "tiene el dominio de los bienes que los socios le hubiesen entregado en propiedad . . ." (art. 1702) y los gananciales de titularidad conjunta son del dominio de uno y otro cónyuge, no del dominio de una persona ideal que no existe mientras subsiste el régimen conyugal patrimonial(8)(477). Por lo tanto, cabe referirse al régimen del condominio, al menos, en virtud de una evidente analogía. Se impone la respuesta afirmativa de acuerdo al art. 2677(9)(478).

En la enajenación de toda una cosa ganancial incluida en el art. 1277 se configura una coenajenación, al conjugarse los respectivos consentimientos y los asentimientos recíprocos(10)(479). La enajenación de una parte indivisa exige iniciativa y consentimiento del titular del dominio sobre la misma y asentimiento del otro(11)(480).

Guastavino niega la procedencia de la enajenación de parte indivisa, se trate o no de bienes incluidos en el art. 1277. "La disposición separada de la cuota indivisa, escribe, determinará que el otro cónyuge quede en comunidad con un extraño respecto a bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges sin haber tenido nunca en miras esa posibilidad". Especialmente lo puntualiza en relación a cosas muebles no registrables, mobiliario, obras de arte, que "fueron adquiridos por los dos esposos para usufructuarlos en común: la disposición ha de realizarse del mismo modo y no cabe una actitud individual y separada que coloque al cónyuge en indivisión con un extraño respecto a esos bienes"(12)(481).

En verdad, el obstáculo no es legal sino de hecho. El condominio de una persona casada con un tercero no está prohibido, no es jurídicamente repugnante y se presenta a menudo. Los riesgos apuntados se cubren con el asentimiento, cuando requerido y, en caso contrario, las circunstancias particulares de facto pueden determinar la ineficacia de un negocio volviendo a la analogía con el condominio: "Cada condómino

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

goza, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella. . . " (art. 2676). La enajenación que el consorte efectúa de su porción indivisa tanto puede oponerse como coincidir con el deseo de su consorte y el nuevo condómino no ser siempre un extraño (considérese, por ejemplo, la enajenación a un hijo común o al progenitor del otro cónyuge). La enajenación onerosa de una sola parte de las partes puede ser suficiente para superar una dificultad económica del matrimonio evitando el desprendimiento de toda la cosa. Si bien la donación rechaza este justificativo, admite otros igualmente respetables: motivos éticos (gratitud), familiares (anticipos de herencia) y aun económicos (mejor explotación).

La objeción de mayor envergadura jurídica podría plantearse en términos de la posibilidad de lograr, por esta vía, una suerte de liquidación anticipada de la sociedad conyugal, al margen de las causas legales de disolución e incluso lesiva de la regla de la partición de los gananciales por mitades, que también cubre los adquiridos conjuntamente, prescindiendo del monto de la inversión de uno y otro consorte. Sin embargo, el riesgo no es mayor que el que comporta la libertad de disposición de los gananciales no incluidos en el art. 1277 que abarca el precio obtenido por la venta de un inmueble o un mueble registrable o la cesión de un crédito registrable, tal vez efectuados con asentimiento judicial.

La menor severidad que tendría el régimen de disposición, así entendido, en paralelo con la siempre conjunta disposición, es aparente, pues resulta de la viabilidad de ciertos negocios dispositivos sobre partes indivisas, que no son prácticamente objeto de actos de administración.

Importa destacar que lo sustentado en materia de gananciales de titularidad conjunta proviene fundamentalmente de aplicar el texto del art. 1276, construyéndose el eje del razonamiento sobre la atribución a cada consorte de la gestión de sus gananciales. La remisión del art. 1262 no ha sido, en realidad, necesaria, pues aquél proporciona elementos suficientes para resolver las dificultades.

### **3º) GANANCIALES DE "ORIGEN DUDOSO" O DE "DIFÍCIL PRUEBA ( GANANCIALES DE TITULARIDAD DUDOSA" )**

La gestión de los gananciales descriptos en el segundo párrafo del art. 1276 corresponde al marido: le compete, por lo tanto, la celebración de actos de administración al respecto, la de actos de disposición si no incluidos en el art. 1277, y la iniciativa y el consentimiento en este último supuesto. Dentro de tales límites es hábil para donarlos(13)(482).

### **4º) CASO DEL BIEN DE FAMILIA GANANCIAL**

El bien de familia puede ser propio o ganancial, pero su régimen es ajeno al de la sociedad conyugal. De cualquier manera, interesa recordar

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que es inenajenable (art. 37 de la ley 14394).

### **5º) ASENTIMIENTOS**

El asentimiento necesario para una donación será difícilmente otorgado judicialmente para superar la negativa del cónyuge a concederlo, dado el carácter gratuito del negocio. Borda, sosteniendo su improcedencia, admite las excepciones razonables basado en la falta de perjuicio para el patrimonio ganancial proporcionalmente cuantioso y en la finalidad altruista del contrato. Su conclusión es aceptable(14)(483).

### **6º) MANDATO PARA DONAR**

El mandato para donar gananciales y el mandato para asentir en la donación, en su caso, son susceptibles de las consideraciones generales sobre el mandato entre cónyuges(15)(484), sin olvidar lo preceptuado por el inc. 7º del art. 1881.

### **7º) EFICACIA DE LA DONACIÓN**

El sistema de ineficacia de los actos jurídicos y el específico de la donación se aplican a cualquier donación de gananciales. La celebrada durante la vigencia del régimen conyugal de bienes queda sujeta a sanción de nulidad si carece del debido asentimiento conyugal, siendo la nulidad relativa y total, y el acto, anulable. La anulación del asentimiento por faltade discernimiento o vicio del consentimiento acarrea la nulidad del negocio para el cual se otorgó, al despojarlo de un requisito indispensable de validez. Ambos pedidos de nulidad son acumulables(16)(485).

El tercero que adquirió del donatario está amparado por diversos recursos si se dan sus extremos (art. 1051, prescripción adquisitiva de inmuebles, posesión de buena fe de muebles)(17)(486).

La donación celebrada dentro de las exigencias legales es perfectamente eficaz y oponible al consorte no donante que no tiene derecho a reclamar compensación alguna a la disolución de la sociedad conyugal: el cónyuge titular ha obrado en la esfera de sus atribuciones y la protección del no titular se ha conseguido a través de su conformidad. Pero la eficacia es idéntica en las donaciones que no requieren asentimiento, que abarcan la de sumas de dinero, la de joyas y obras de arte, incluso, tal vez, adquiridas por el no donante. La protección del cónyuge para estos supuestos debe obtenerse a través de otros recursos.

### **8º) PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL CÓNYUGE NO DONANTE EN LAS DONACIONES QUE NO REQUIEREN SU ASENTIMIENTO**



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Refiriéndose al derecho uruguayo, Vaz Ferreira reconoce la facultad de donar sin límites, si los capitales propios de los cónyuges son cuantiosos y los únicos gananciales administrados por el donante, son valores mobiliarios de poco monto. "Pero en otras hipótesis, sostiene, cuando la mujer no tenga bienes propios relativamente cuantiosos, entendemos que dicha libertad... sólo puede aceptarse con ciertas restricciones (independientes de las que puedan derivar de las normas sobre sucesión por causa de muerte y porción conyugal, y aplicables, por lo tanto, aun cuando la comunidad se disuelva, por ejemplo, por divorcio . . . ) ". Y recuerda algunas expresiones de Troplong, entre ellas la siguiente: " ... si las donaciones fueran excesivas en el sentido de que absorbieran toda la comunidad... pienso que los tribunales podrían interponer una equitativa mediación. El marido es, sin duda, amo y señor de la comunidad, pero debe actuar sin fraude; es una regla invariable"(18)(487).

Trasladando estas consideraciones al derecho argentino vigente, "amos y señores" de sus gananciales no inmuebles ni muebles registrables, son uno y otro esposo, pero su gestión debe mantenerse dentro de un marco razonable de respeto por los intereses patrimoniales del respectivo consorte, a pesar de que éste, el no titular, carece de derecho actual sobre dichos bienes. El ánimo del legislador argentino que ha consagrado el instrumento protector del asentimiento, en su caso, marca al juez el criterio orientador para proveer otros remedios cuando aquel no es aplicable.

Los siguientes son algunos de esos recursos.

a) El abuso del derecho. - Antes de la legislación de 1968 se sostuvo que "cabía admitir indemnización cuando se comprobaba que la donación unilateral de gananciales involucra un abuso de las facultades administrativas" (argumento del art. 1285 in fine)(19)(488). También se admitió doctrinaria y jurisprudencialmente la posibilidad de que el marido incurriese en abuso del derecho en su gestión de los gananciales, amparado por su derecho a no rendir cuentas(20)(489).

En el régimen actual los esposos no están obligados a rendirlas de la gestión de sus gananciales ni el consorte mandatario del ejercicio del mandato tácito. A su vez, el abuso del derecho ha recibido consagración legislativa en el art. 1071.

Dicho abuso (ejercicio de un derecho contrariando la finalidad que la ley tuvo en mira al reconocerlo o excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres) es detectable en el gobierno de los gananciales que persigue un objetivo perjudicial para el otro consorte o que prescinde totalmente de la consideración de su interés, sin ninguna razón de auténtica superioridad que lo excuse. Fácil es imaginar que tales extremos rodeen a una disposición gratuita de bienes, aunque no necesariamente deba ser así.

Fundándose en el abuso del derecho del consorte donante, el otro puede obtener el resarcimiento del daño que se le ha causado sin que se anule la donación. Demandará del donante o de sus herederos, la mitad del valor de la cosa ganancial donada. Recién le será admitido hacerlo al

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

consumarse su perjuicio, lo que ocurre al actualizarse su derecho sobre los gananciales adquiridos por el otro, es decir, al producirse la disolución de la sociedad conyugal.

La compensación por donación abusiva de gananciales se ajusta a las reglas generales ofrecidas por la legislación (especialmente, arts. 1259, 1260 y 1316 bis) y por la construcción doctrinaria respectiva, sin perjuicio de que se atienda a la ilicitud de la conducta del donante a los efectos de arribar al reajuste más equitativo posible.

b) Donación en fraude del consorte. - La donación efectuada por un cónyuge puede configurar un negocio fraudulento con respecto al consorte, en los términos de los arts. 962, 963 y 967 y concordantes del Código Civil y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1298. La acción es viable después de disuelta la sociedad conyugal procediendo las medidas precautorias desde la demanda de divorcio o de separación de bienes.

c) Acción de separación de bienes por mala administración de un cónyuge sobre sus gananciales. - La insistencia del consorte en despojarse de sus gananciales a título gratuito y aun una sola donación extremadamente infundada y desproporcionada al haber del titular, puede servir de sustentación a un pedido de separación de bienes por la causal prevista en el art. 1294, extensible a la mala gestión de los gananciales(21)(490).

d) Inhabilitación por prodigalidad. - Lo mismo puede decirse del pedido de inhabilitación por prodigalidad, si concurre el extremo de haberse dilapidado una parte importante del capital ganancial (art. 152, bis. 3°).

**III. DONACIÓN DE GANANCIALES ENTRE LA DISOLUCIÓN Y LA LIQUIDACIÓN CONCLUIDA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

La disolución de la sociedad conyugal produce la aparición del condominio y/o de la copropiedad sobre los gananciales, es decir, de un derecho actual de cada cónyuge sobre la mitad de los gananciales adquiridos por el otro. La ley no provee un sistema de gestión de los gananciales en el período comprendido entre la intervención de la causa disolutiva y la aprobación definitiva de la cuenta particionaria. La norma del art. 3451 es suficiente cuando el lapso entre uno y otro acontecimiento es breve, mas no sucede así con relativa frecuencia, y la indivisión post - societaria que se prolonga en el tiempo obliga a un esfuerzo interpretativo para satisfacer las exigencias del dinamismo patrimonial de los esposos durante la etapa.

En efecto, la indisponibilidad de los bienes gananciales, sostenida doctrinaria y jurisprudencialmente para el supuesto de aplicación del art. 3451(22)(491), resulta incompatible con el interés de los esposos cuando la indivisión se extiende más allá de lo prudentemente previsible y ello es así también con respecto a la donación, a pesar de que no responde a una verdadera conveniencia económica del donante, por la mayor

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jerarquía personal y social de sus motivaciones.

### **1. Distintos casos**

La cuestión constituye un aspecto del problema más vasto del gobierno de los gananciales indivisos y varía según la solución por que se opte al respecto. Se ha propuesto una polifacética que asimila la sociedad disuelta y no liquidada a una sociedad de hecho (arts. 1663 y sigs.), si entre los cónyuges existe voluntad de prorrogar la situación y affectio societatis, y a una comunidad de hecho, si dichas voluntad y affectio no existen, la que se sujeta, por su parte, a las reglas del condominio cuando la disolución se ha producido en vida de los esposos o a las que rigen la indivisión hereditaria cuando el fin del régimen fue causado por la muerte(23)(492). Para la sociedad disuelta en vida de los esposos, Mazzinghi sostiene que la disolución origina un condominio o una copropiedad, pero que hasta que haya sido debidamente inscrita; para la disposición sobre los gananciales que continúan aparentemente integrando el patrimonio del cónyuge titular, debe exigirse el asentimiento en los límites del art. 1277 en defensa del interés del cónyuge no titular, asentimiento que es verdadera disposición con sus efectos propios(24)(493).

La procedencia o improcedencia de la donación depende de la institución genérica que se estime perfilada en caso concreto.

a) Si existe sociedad de hecho. - Los socios que administran conjuntamente o el socio administrador, carecen de la facultad de enajenar gratuitamente cosas societarias: por hipótesis no hay contrato que fije las atribuciones del administrador, por lo que la extensión de éstas depende del objeto de la sociedad (art. 1691), el cual es de beneficio patrimonial, excluyente de la realización de actos gratuitos.

b) Si existe condominio. - Inscripto el condominio sobre cada una de las cosas gananciales, se aplican sus reglas: libertad de enajenación de la porción indivisa (art. 2677) y enajenación (onerosa o gratuita) de la cosa o parte material de ella, con el consentimiento de ambos comuneros (art. 2682)(25)(494).

No inscripto el condominio, es realmente prudente conservar el régimen protector organizado por el art. 1277, actuando los esposos en carácter de co - disponentes por ser condóminos.

La protección del cónyuge es muy débil con respecto a las cosas muebles no registrables, aunque tiene a su favor las medidas precautorias del art. 1295 y los recursos que le permiten atacar los actos del cónyuge que lo defraudan, facilitados por el carácter gratuito del negocio.

c) Si la indivisión post - societaria coincide con la indivisión hereditaria. - No es permitida la donación, pero la inscripción de la declaratoria de herederos con respecto a cada bien registrable puede equivaler a la constitución de condominio con sus efectos típicos(26)(495). La situación es muy compleja por las variaciones de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

porción del cónyuge que puede participar como socio y como heredero.

d) Hipótesis especiales. - Los gananciales no destinados a dividirse, a saber, los adquiridos por los esposos divorciados desde la fecha de la notificación de la demanda de divorcio, los adquiridos por el consorte inocente de la separación de hecho desde su fecha (art. 1306) y los adquiridos por los esposos separados de bienes desde la fecha de la notificación de la demanda (por analogía), quedan sujetos a las normas de los arts. 1276 y 1277 hasta que se dicte la sentencia de divorcio o de separación de bienes o se produzca el fallecimiento del cónyuge. Después de acaecido uno de estos eventos entran en los plenos poderes de disposición del titular.

Las indivisiones hereditarias que recaen sobre gananciales (art. 53 de la ley 14394) están sometidas a su regulación específica, así como el inmueble ganancial constituido en bien de familia. Tanto éste como aquellos bienes indivisos, son inenajenables mientras se mantenga la indivisión o la afectación (art. citado y 37 de la misma ley y sus concordantes).

## **2. Eficacia de la donación**

La eficacia de estas donaciones se juzga de acuerdo al sistema común de las nulidades y a la reglamentación legal de la donación y del condominio.

## **IV. DONACIÓN DEL "HOGAR CONYUGAL" EX GANANCIAL**

Una vez consumada la partición de la sociedad conyugal, los bienes atribuidos a cada cónyuge se unen a los que se calificaron como propios y a los adquiridos desde la fecha de la disolución de la sociedad, en la composición de su patrimonio personal. La restricción del art. 1277 se mantiene sobre el "hogar conyugal" adjudicado a uno de los esposos, por disposición expresa del mismo. Es prácticamente inconcebible su donación.

La adjudicación puede haber sido imposible por falta de gananciales suficientes para integrar ambas hijuelas, en cuyo caso el "hogar conyugal" se mantiene como ganancial indiviso, sujeto a su régimen.

## **V. DONACIONES DISIMULADAS**

La situación del cónyuge que asintió en el acto oneroso encubriendo una donación, merece algunas reflexiones sugeridas por la naturaleza de la decisión del consorte no titular: asentimiento al acto otorgado por su cónyuge, voluntad y expresión de su conformidad en un negocio ajeno(27)(496).

Su manifestación integra el factum del negocio confiriéndole la eficacia

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

de que carecería si faltara, lo que no obsta a la distinción entre los dos negocios, el de asentimiento y el del cónyuge titular. En consecuencia, el cónyuge que asiente no reviste el carácter de parte ni en el negocio celebrado ni en la donación encubierta(28)(497).

Mas ¿es suficiente considerarlo como tercero con las facultades de tal, en las diferentes situaciones susceptibles de plantearse? La conclusión no es, ciertamente, obvia y varía en las hipótesis, a su vez combinables, de simulación lícita o ilícita y según que el consorte no titular haya conocido el verdadero negocio o haya asentido en virtud de error, dolo o violencia.

### **1. ¿Simulación del asentimiento?**

El acto de asentimiento no es simulable, salvo que se acepte la simulación en el acto unilateral, rechazada por la mayoría de la doctrina(29)(498). Algunos autores italianos admiten la simulación en el acto unilateral recepticio mediante acuerdo entre el declarante y el destinatario de la declaración, entendiéndose por negocios recepticios aquellos en los cuales "para la eficacia de la manifestación negocial es necesario que se la dirija a un determinado destinatario y sea llevada a conocimiento de él, o mejor, a su cognoscibilidad..."(30)(499). El asentimiento conyugal tampoco encuadra en esta configuración porque su eficacia no depende de que sea conocido por el otro consorte ni por el tercero futuro contratante, aunque su efectividad permanece latente hasta la celebración del negocio para el que fue otorgado.

### **2. Donación disimulada en perjuicio del cónyuge**

No hay presunción legal de ilicitud de la donación disimulada de gananciales como violatoria de los derechos que adquirirá el cónyuge sobre los donados por el otro al sobrevenir el fin del régimen de bienes: no está incluida en el texto del art. 1297, la afirmación de que la presunción si existe tendría que fundarse en la prohibición genérica de la donación de gananciales, no establecida, o en su incompatibilidad absoluta con el sistema conyugal patrimonial, incompatibilidad que no surge de éste.

Es cierto, por el contrario, que el "disfraz" de una donación induce a sospechar el ánimo de defraudar al consorte, sin que ello llegue a superar la exigencia de que esa intención sea probada al demostrarse la simulación mediante el ejercicio de la correspondiente acción, que recién compete al consorte después de disuelta la sociedad conyugal, al actualizarse su derecho sobre los gananciales de titularidad del otro y sin perjuicio de las medidas precautorias que proceden desde la demanda de divorcio o de separación de bienes.

El negocio simulado con esta finalidad ilícita puede haber exigido el asentimiento conyugal que, fue, entonces, fruto del error en que incurrió el consorte o del dolo o violencia que sufrió, siéndole aplicable lo que se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

expresa en el apartado siguiente para otros casos de simulación ilícita. El cónyuge que asintió con voluntad sana e ilustrada no puede alegar más tarde el perjuicio que le causa la donación encubierta.

### **3. Otros casos de simulación ilícita**

Si el cónyuge no titular ignoró la verdad del negocio, podrá demostrar su error o el dolo o violencia que padeció, involucrando la prueba de la simulación en la demostración de los dos primeros vicios. Su acción persigue la anulación del acto de asentimiento y puede ejercerse sin esperar a la disolución de la sociedad conyugal. La anulación de aquél despoja al negocio simulado de un requisito de validez acarreado su nulidad, de acuerdo a lo ya recordado, e impide también la validez de la donación encubierta por la misma razón de la falta del debido asentimiento.

Se aplican las normas y principios generales en la protección del que adquirió de la otra parte del negocio simulado<sup>(31)</sup>(500).

La acción de simulación conserva siempre una finalidad específica que la hace viable por terceros: la responsabilidad emergente del acto ilícito.

Si el cónyuge conoció la verdad del negocio en que asintió, participando del propósito simulador de su consorte, no ha de ser admitido a pretender la declaración de simulación porque se ampararía en su propia torpeza. Sin embargo, le es aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 959, acogiéndose su demanda cuando el dejar el acto sin efectos no le significa ninguna ventaja. Es razonable esta equiparación entre el cónyuge que asintió conociendo y queriendo la simulación ilícita y el cónyuge que con idéntico ánimo celebró el negocio fingido.

Es igualmente justo considerarlo pasible de las sanciones que correspondan por la ilicitud que no hubiera podido darse sin su intervención.

### **4. Simulación lícita**

Al cónyuge que asintió por error, dolo o violencia, le son aplicables las consideraciones formuladas para la misma hipótesis en caso de simulación ilícita.

El cónyuge que asintió consciente de la verdadera naturaleza del negocio no podría atacarlo, si su carácter de tercero se aprecia estrictamente.

No obstante, el haber posibilitado el negocio lo aproxima también aquí al consorte que lo celebró, permitiendo acogerlo al ejercicio de la acción. Su posición es innegablemente ambigua y justifica que no se le niegue derecho a restablecer el verdadero estado de cosas.

**VI. DONACIÓN EN FRAUDE AL CÓNYPUGE, CELEBRADA DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La posibilidad de donación en fraude al cónyuge se consideró al referirse a la protección del no titular en aquellas que no requieren su asentimiento(32)(501). De acuerdo a las normas recordadas y en la misma oportunidad, dicho consorte podrá pretender que la donación a que asintió le sea inoponible por haberse efectuado en fraude a sus derechos. "El cónyuge que prestó el asentimiento podría demostrar que, si bien concurrió a integrar con su voluntad el poder de disposición del esposo titular, no advirtió el sentido del acto, porque ignoraba, por ejemplo, que el otro tenía prevista una separación personal a breve plazo, y que el acto en cuestión provocaba o agravaba su insolvencia"(33)(502). Probablemente, el cónyuge que asintió podrá elegir entre accionar por nulidad del asentimiento por vicio del consentimiento, o por fraude, debiendo decidirse según las circunstancias concretas del caso y optando por la vía que le asegure la satisfacción más rápida y efectiva de su compensación.

**VII. DONACIÓN EN FRAUDE A LOS ACREEDORES, CELEBRADA DURANTE LA VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**

Los acreedores del cónyuge que asintió en el negocio celebrado por el otro en fraude a sus acreedores, no pueden atacarlo en ejercicio de la acción revocatoria o pauliana: su deudor no es parte en el acto jurídico ni la cosa sobre la cual recae integra su patrimonio actual. Pero si asintió compartiendo el propósito que animaba a su consorte prestando su irremplazable colaboración para hacerlo relevante, debe reputarse coautor del acto ilícito y soportar la responsabilidad consiguiente. Aun negándose que pueda ser equiparado al cómplice del fraude, al menos ha de reconocerse que queda incluido en la comprensión del art. 1109.

**VIII. CUESTIONES SUCESORIAS**

**1. Colación**

La colación de la donación de gananciales es particularmente compleja por producirse en ella el doble juego institucional a que se hizo referencia en el párrafo introductorio de este trabajo: el factor que determina la influencia del régimen de la sociedad conyugal es el objeto de la donación y el factor que determina la sujeción al instituto sucesorio es el donatario (un heredero forzoso, art. 3476).

**1º) CONSIDERACIÓN DEL PROBLEMA SEGÚN LA ESTRUCTURA Y EL FUNCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES**

a) Colación de la donación de gananciales efectuada por un cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal. - La donación válida (con asentimiento conyugal si requerido) ha producido la sucesión inter vivos:

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hay un nuevo titular del dominio sobre la cosa donada, el derecho ha pasado a integrar el patrimonio del donatario. El acto es inatacable y ajeno a las vicisitudes de la sociedad conyugal, lo mismo que si la cosa hubiera sido válidamente vendida.

Por lo tanto, nada debe colacionarse a la muerte del consorte no titular (progenitor o no del donatario, en su caso) y todo debe colacionarse a la muerte del donante(34)(503), a sólo los efectos sucesorios y al margen de la liquidación de la sociedad conyugal del difunto. En efecto, el derecho de un consorte sobre los gananciales del otro nace al fin del régimen y sobre los gananciales que existen en el patrimonio de éste a la disolución, pero no sobre los gananciales que salieron del mismo por un acto válido, así sea a título gratuito. Durante la vigencia de la sociedad conyugal, cada cónyuge carece de derechos sobre los gananciales adquiridos por el consorte. Cuando el legislador estimó prudente proteger sus derechos futuros, lo hizo a través del asentimiento, restando para la donación, que no lo exige, los medios protectores ya mencionados.

La ley ofrece un panorama distinto para el legado de cosa ganancial, eficaz por la totalidad de la cosa legada con derecho a recompensa del supérstite contra la sociedad conyugal. La norma es justa porque el legado se concreta, por así decir, simultáneamente con la disolución de la sociedad conyugal: al adquirir el legatario el derecho al legado, la cosa ya integra la indivisión post - societaria y configura un legado de cosa en común con otro que la ley resuelve haciendo excepción a la regla establecida en el primer párrafo del texto en cuestión (art. 3753).

Una disposición expresa podría haber sujetado la donación de gananciales a idéntico tratamiento, lo que no ha sucedido. Tampoco procede la compensación del no donante mediando disolución de la sociedad conyugal en vida de los esposos y nada justificaría establecer una diferencia porque la disolución se produzca por fallecimiento de uno de ellos.

A pesar de todo, se sustentan conclusiones no coincidentes con la indicada, basándose también en el régimen conyugal de bienes. Siguiendo la posición de Fornieles, para el supuesto de donación sin necesidad de asentimiento, se proponen dos tesis: según la primera, al fallecimiento del donante debe colacionarse la mitad de lo donado, quedando la otra mitad para ser colacionada a la muerte del no donante y viceversa(35)(504); de acuerdo a la segunda, premoriendo el donante debe colacionarse todo (a los efectos de que el cónyuge sobreviviente tome su mitad de gananciales y de que el resto se destine a los herederos) y premoriendo el no donante, debe colacionarse la mitad, quedando la otra mitad para ser colacionada a la muerte del donante(36)(505).

Las razones invocadas para apoyar estas tesis no se ajustan a las características del régimen patrimonial matrimonial en nuestro derecho. Para la primera se arguye que el donante donó en su propio nombre la mitad, y en representación de su cónyuge, el medio restante, argumento que ya rechazó Fornieles antes de 1968(37)(506). Ahora es aún menos



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

defendible, porque no cabe duda de la ausencia de representación legal de la esposa por el marido, y cada cónyuge es el sujeto de la gestión de sus gananciales. El mandato tácito previsto en el art. 1276 supone conocimiento del negocio por parte del mandante: la donación que el mandatario efectuara en el ejercicio del mandato (en cuanto fuera admisible dentro de los límites del mandato tácito) es donación del mandante y, por lo tanto, su objeto han de ser gananciales de titularidad de éste.

En defensa de la segunda tesis, Fornieles explica: ". . . los gananciales pertenecen por mitades a ambos cónyuges aunque no estén divididos", por ello "... al hacerse la división, se le descontará de su haber (del donante) el valor del objeto de que dispuso". "El motivo más serio, agrega, 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 marido, por el camino indirecto de las donaciones a los hijos, reduciría los gananciales de su esposa, a lo que se opone el art. 1315... Si ella no ha participado de las donaciones tiene derecho a tomar íntegramente su mitad de gananciales"(38)(507).

Comparten la precedente fundamentación Martínez Ruiz(39)(508)y Borda(40)(509). Guastavino remite también a la colación el reequilibrio de los derechos de la esposa afectados por las donaciones del marido(41)(510).

La refutación de los citados argumentos ha sido formulada al exponer los fundamentos de la solución que se estima corresponde: falta de derecho de un cónyuge sobre los gananciales del otro contemporáneamente con la existencia de la sociedad conyugal, e igualmente falta de derecho, a la disolución, sobre gananciales que a su fecha no integran el patrimonio del donante.

b) Colación de la donación efectuada conjuntamente por ambos esposos durante la vigencia de la sociedad conyugal. - Dado el régimen de gestión, sólo puede haber donación conjunta cuando la cosa donada es un ganancial de titularidad conjunta. No siéndolo, el asentimiento del cónyuge no titular a la donación efectuada por el titular no lo transforma en donante: donante es exclusivamente el dueño de los gananciales donados. La colación de la donación de gananciales de titularidad conjunta debe realizarse en la sucesión de cada donante por la porción en que la cosa le correspondía.

Para el régimen de gobierno de los bienes anterior al actual, Fornieles consideró donación conjunta la prevista en el art. 1805, estimando que debía colacionarse por mitades a la muerte de uno y otro progenitor(42)(511). Lafaille aplica la misma solución a la donación de gananciales efectuada por el marido con asentimiento de la esposa(43)(512). Sin explicar cuál es la hipótesis de "donación conjunta", se expresan en idénticos términos Martínez Ruiz, Guastavino y Borda "si la donación ha sido hecha conjuntamente por ambos cónyuges"(44)(513).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

c) Colación de la donación de gananciales indivisos. - En los excepcionales casos en que puede producirse una donación de gananciales durante la indivisión post - societaria, o será efectuada por un cónyuge, de su porción, o por ambos, de la totalidad de la cosa o parte material de ella.

La colación se hará por mitad al fallecimiento del donante o de uno y otro, respectivamente.

d) Colación de la donación del "hogar conyugal" ex ganancial. - Tratándose de la donación de un bien personal realizada por su dueño, aunque con asentimiento, se colaciona íntegramente a la muerte del donante.

**2º) CONSIDERACIÓN DEL PROBLEMA SEGÚN EL ORDENAMIENTO DE LA SUCESIÓN "MORTIS CAUSA"**

La solución expuesta es la que resulta de la estructura y del funcionamiento de la sociedad conyugal. Queda por establecer si concuerda con la que surge de la sucesión forzosa donde está ubicada la colación entre coherederos.

La finalidad y el fundamento de la institución, que se corresponden armoniosamente, constituyen los elementos que orientan el razonamiento. Aquella es la consecución de efectiva igualdad final de todos los herederos, para lo cual es sólido apoyo el fundamento: la donación que el causante hizo a uno de sus sucesibles forzosos fue un anticipo en el tiempo de lo que habría de ser su porción en la partición de la herencia.

La herencia recién puede ser "pensada" a la muerte del causante, hecho jurídico generador del fenómeno sucesorio y de la disolución de la sociedad conyugal. De aquí que contemporáneamente aparezcan la herencia (es decir, las relaciones jurídicas patrimoniales de que era sujeto el causante y que se transmiten mortis causa, consideradas sub specie universitatis) y la indivisión de los gananciales entre el cónyuge sobreviviente como miembro de la sociedad conyugal y los herederos, por derecho de sucesión (entre los cuales se encuentra el cónyuge, siempre que no concurren descendientes legítimos). Por lo tanto, en la herencia entra solamente la mitad de la masa ganancial integrada por todos los bienes de esta especie quienquiera haya sido su titular, y podría entenderse que de la herencia a partir salió también la mitad del valor ganancial donado, único, por lo tanto, cuya computación procedería.

Tal conclusión, nada más que aparentemente simple, contradice la finalidad de la colación si el heredero donatario obtiene una ventaja definitiva sobre sus coherederos. Para evitar este resultado no querido por la ley, no se encuentra otro recurso que admitir que la otra mitad ha de colacionarse en la sucesión del no donante, fallezca o no después del que lo fue, solución aplicable en una sola hipótesis: cuando la herencia se refiere a hijos legítimos de ambos cónyuges o sus descendientes por

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

representación.

La donación resulta así un anticipo de la herencia de ambos progenitores, y se justifica la crítica de Fornieles y Martínez Ruiz, porque el donante tuvo derecho a anticipar su herencia pero no la de su consorte, que hubiera requerido la expresión directa de su voluntad(45)(514). En contra, Vaz Ferreira opina que hay petición de principios en sostener que la calidad de administrador de bienes comunes no autoriza a un cónyuge a hacer adelantos de la herencia del otro, pues ahí radica la cuestión dudosa, y que si tal afirmación fuera cierta también sería inadmisibles la colación de la mitad de lo donado en el caso de que quien muera en primer término sea el cónyuge no donante, agregando que la colación por mitades en ambas sucesiones es "la más equitativa y la única que conduce a que los bienes queden distribuidos en definitiva en la misma forma que si la donación no hubiera tenido lugar"(46)(515).

No puede negarse, en verdad, que la colación por mitades a la muerte de cada progenitor concierne el efecto de la donación válida de gananciales (con respecto a los derechos del cónyuge no titular) con la finalidad del instituto sucesorio, y que la objeción basada en que el consorte no titular es ajeno a la donación, a pesar de que haya sido indispensable su asentimiento, se atenúa ante la especialidad de los presupuestos del negocio:el donatario es también sucesible forzoso suyo, la cosa no le pertenece pero está signada por el destino común.

No obstante, el problema no está resuelto porque deben considerarse además los siguientes supuestos:

a) Colación de la donación de gananciales efectuada por el cónyuge a uno de sus progenitores. - Podría ser exigida por el supérstite(47)(516)y por el otro progenitor por la mitad del valor. La otra mitad no sería colacionable después, pues los suegros carecen de vocación hereditaria con respecto al yerno o nuera.

b) Colación de la donación de gananciales de un segundo matrimonio efectuada a un hijo del primero. - Podría ser exigida por el cónyuge y por cualquier descendiente del donante difunto (del primer, del segundo matrimonio o extramatrimonial) por la mitad del valor Por la otra mitad no sería después colacionable, pues los hijastros carecen de vocación hereditaria respecto al padastro o madrastra.

c) Colación de la donación de gananciales efectuada a un hijo extra matrimonial del donante. - Podría ser exigida por el cónyuge y por los hijos legítimos y extramatrimoniales o por los ascendientes legítimos (en su caso) del donante difunto, por la mitad del valor. Por la otra mitad no sería después colacionable, por falta de vocación hereditaria del donatario hacia el consorte de su progenitor.

En los tres planteos se da por sentada la premoriencia del donante, pero el resultado final es el mismo si antes fallece el no donante. Sus herederos forzosos no pueden pretender ser compensados porque su causante carecía de derecho a serlo habiendo salido los gananciales válidamente del patrimonio del consorte.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La injusticia es manifiesta en la situación de los coherederos del donatario de igual grado y carácter de parentesco que reciben menos que éste o en la ventaja a favor del donatario hijo extramatrimonial del causante que recibe más de la mitad de lo que reciben los hijos legítimos del difunto (art. 8º de la ley 14367). Y todo proviene de la sustracción de bienes de la masa sobre la que se calculan las porciones, la cual debe constituirse con todos los que salieron del patrimonio del causante a través de donaciones (arts. 3476 y 3477 Cód. Civil).

La colación por la totalidad del valor donado en la sucesión del donante corrige el defecto, evita la injusticia y satisface la finalidad específica del instituto sucesorio. Por la vía marcada por el régimen de bienes de los cónyuges y por la vía marcada por la organización de la sucesión forzosa se arriba a coincidir en una conclusión única. Cualquiera otra contradice uno u otro de los sistemas afectados.

De acuerdo a este criterio, es fácil resolver la colación de la donación conjunta de gananciales de titularidad conjunta y la colación de la donación de gananciales indivisos, así como la de porciones indivisas efectuadas por los respectivos titulares, que ha de efectuarse en las oportunidades y por los valores que se expresaron como impuestos por el régimen conyugal de bienes.

Las poco numerosas sentencias sobre el tema que se registran en los repertorios de jurisprudencia ofrecen un panorama vacilante(47)(517).

### **3º) DISPENSA**

La dispensa de colación debe hacerse expresamente en testamento (art. 3484) o expresamente en la donación de padres a hijos (artículo 1805)(48)(518).

## **2. Reducción**

Sabido es que la acción de reducción constituye uno de los medios legales protectores de la legítima de los herederos forzosos, causa de ineficacia de las donaciones distinta de la nulidad y consistente en la resolución de la donación válida con los consiguientes efectos reipersecutorios.

La reducción de la donación de gananciales se inserta en la problemática de la sociedad conyugal por su objeto y en la sucesoria por el bien protegido. El donatario puede ser un extraño o un sucesible forzoso (que preferirá en su momento, la colación, de efectos más amplios si no dispensada, aunque más inciertos).

La cuestión principal se plantea sobre el valor con que debe computarse la donación de gananciales en la masa formada para el cálculo de la legítima. Nada autoriza a dudar de que el cómputo debe hacerse tomando la totalidad del valor de la donación: fue lo donado por el donante único, titular del dominio sobre la cosa, aunque el negocio haya requerido el asentimiento conyugal. Es cierto que el ganancial donado no

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

hubiera entrado totalmente en la masa hereditaria si hubiera permanecido en el patrimonio del difunto a su muerte, por el nacimiento simultáneo de la indivisión post - societaria, y que la reconstitución de dicho patrimonio debe hacerse a la fecha de la apertura de la sucesión (arts. 3602 y 3477), pero el cónyuge supérstite no tiene que ser compensado por la donación válida, y el cálculo por la mitad del valor de la donación disminuye sin justificativo el monto de la legítima y el de la porción disponible al disminuir el monto total de los bienes hereditarios líquidos más las donaciones. El perjuicio se concreta para los herederos legitimarios y para los otros beneficiarios de liberalidades del difunto.

A su vez, al producirse el fallecimiento del cónyuge no donante, anterior o posterior al del donante, nada hay que computar: no existió donación de su parte aunque haya asentido en la que su consorte efectuó. Sus herederos forzosos no pueden pretender mejor derecho que su causante, que no gozó del de ser compensado por la donación válida.

La donación conjunta de gananciales de titularidad conjunta se computa en la sucesión de cada donante por el valor de su porción. La donación conjunta de gananciales indivisos, por mitades. La donación de partes indivisas, por el valor de la donada en la sucesión del titular.

### **3. Donaciones que la Ley presume disimuladas**

El art. 3604 del Código Civil, en su redacción de 1968, establece: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

Es clara la presunción de que el contrato oneroso es simulado encubriendo una donación del causante a un heredero forzoso, sujeta, por lo tanto, a colación y a reducción (presumiéndose también la dispensa de la primera), y salvo que el acuerdo de los coherederos forzosos reconozca la onerosidad del negocio(49)(519).

El objeto del contrato puede ser ganancial o propio del causante, obligando en ambas situaciones a remitirse al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. En efecto:

a) Al consorte le está vedado el lugar de sucesible forzoso contratante con su autor, por la prohibición de los arts. 1218, 1358 y 1807, inc. 1°.

b) Aparentemente, el consorte debería encontrarse incluido junto a los otros sucesibles forzosos que celebran el pacto sucesorio de reconocimiento de onerosidad, si el objeto del negocio es una cosa propia, porque siendo heredero legitimario comparte la situación jurídica de éstos y participa de la protección que la ley les dispensa. Su

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

inclusión, sin embargo, sería inválida por violar la prohibición del art. 1218 a la que el art. 3604 no hace excepción(50)(520).

c) Cuando el objeto del contrato es cosa ganancial, debe distinguirse según que su celebración reclame o no el asentimiento conyugal.

El asentimiento necesario, prestado con voluntad sana e ilustrada, involucra el reconocimiento del carácter oneroso que el consorte no sería admitido a negar más tarde(51)(521), ni como heredero ni como cónyuge, por ejemplo, para pretender que la donación fue abusiva.

La expresión de asentimiento no requerido es indiferente con respecto al consorte que asintió, en su carácter de tal, pues como se viene repitiendo con insistencia, el cónyuge carece de derecho a compartir gananciales que no estaban en el patrimonio del difunto al momento de su muerte habiendo salido de él como consecuencia de un acto válido (la donación encubierta lo es). La misma expresión de conformidad es inválida si se invoca el carácter de heredero del cónyuge sobre gananciales, según lo expuesto en el apartado anterior, porque equivaldría a la participación conyugal en el pacto de reconocimiento de onerosidad.

Por lo tanto, el consorte del causante permanece ajeno a la donación disimulada bajo la apariencia del contrato oneroso que no requirió asentimiento y al pacto de los coherederos forzosos del donatario(52)(522), y dicho pacto le es inoponible cuando reviste carácter de heredero forzoso sobre gananciales (en concurrencia con descendientes extramatrimoniales, ascendentes legítimos o padres naturales).

El riesgo que soporta el cónyuge es el común que corre ante el ejercicio de los poderes de disposición de que disfruta su consorte sobre los gananciales cuya gestión le corresponde y se equilibra con los que él goza sobre los suyos.

d) La donación disimulada debe considerarse en su totalidad y a todos los efectos sucesorios en la sucesión del donante exclusivamente; en la de cada uno de ellos, si se trata de donación conjunta disimulada de gananciales de titularidad conjunta o de gananciales indivisos, en las proporciones indicadas.

#### **4. Partición - donación de gananciales**

La partición por el ascendiente organizada por la ley argentina para formalizarse por testamento o por donación es infrecuente, especialmente la segunda, porque sus efectos anteriores al deceso del partidor - donante la tornan muy peligrosa para él. Su presentación en algunos ambientes del país impide prescindir de su tratamiento, por otra parte, rico en sugerencias sobre el tema abordado en el presente trabajo, existiendo una erudita polémica relativa a la eficacia de la inclusión de gananciales en la partición por el ascendiente.

Cuestionáanse en ella los términos del art. 3526: "La partición por el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ascendiente entre sus descendientes no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos".

La interpretación gramatical de este artículo demuestra que su prohibición abarca las dos formas de la partición y que se refiere al acto celebrado por uno solo de los ascendientes, no por ambos(53)(523). La inclusión de la partición por testamento y de la partición por donación se impone también por la ubicación del texto (el art. 3525 comprende a las dos en forma expresa), por no hacerse la distinción como en otros (art. 3524, por ejemplo) y se confirma con la investigación histórica: Guastavino comenta que el codificador inició la redacción con las palabras "La partición por testamento. . . ", en sus tres primeros borradores, suprimiendo posteriormente las dos últimas(54)(524).

La figura ha de estudiarse con respecto a la sociedad conyugal y a la sucesión, como se hizo en temas anteriores.

Considerada desde la estructura y funcionamiento del régimen patrimonial matrimonial, la partición de gananciales por donación no tendría que constituir excepción a la regla de que la enajenación de cosa ganancial a título gratuito entra en el ámbito de la actividad jurídica del consorte titular, con asentimiento o sin él (arts. 1276 y 1277). Como es lógico, esta observación tropieza con el obstáculo insalvable del art. 3526, que establece su prohibición expresa, y queda reducida a señalar que dicha veda no es consecuencia ineludible del régimen conyugal de bienes(55)(525). Nótese que la donación es individual aunque haya requerido asentimiento del consorte, quien no asume por ello el rol de parte en el contrato.

Considerada desde la organización de la sucesión mortis causa, el carácter de partición se impone sobre el carácter de donación(56)(526). La nota al art. 3514 es muy ilustrativa: "Este poder (de partir) exclusivamente limitado a los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, a título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites a todas las personas capaces. No se trata de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley. Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la porción de bienes no disponibles,".

La partición por donación es donación antes que partición, cronológicamente, ya que produce los efectos de donación sin retardarlos hasta el fallecimiento del donante, pero es, lógica y ontológicamente, partición antes que donación. Como la muerte, es imprescindible recordarlo de nuevo, provoca de pleno derecho y sin intervalo de tiempo, la indivisión de los gananciales, los derechos que fueron del difunto y los que son del sobreviviente recaen sobre mitades indivisas de la masa ganancial cuya determinación en bienes precisos depende del proceso de liquidación de la sociedad conyugal previo al de la herencia. Ahora bien, la partición hereditaria exige la determinación de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

los bienes a dividir: el causante no pudo hacerla sobre bienes indeterminados. El art. 3526 dispone con acierto que la prohibición subsiste cuando "continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos".

La doctrina no admite dudas sobre la interdicción de la partición en forma de donación individual de gananciales. "La razón fundamental de la prohibición, escribe Guastavino, radica en que en el supuesto que contempla el art. 3526 la división recaería sobre bienes cuyo titular definitivo permanece indeterminado. Con la prohibición se suprime una fuente de litigios y complicaciones, cual sería la adjudicación de bienes que por los derechos societarios de los cónyuges podrían corresponder, total o parcialmente, en definitiva al consorte del partidor"(57)(527).

Pero numerosos autores aceptan que la partición - donación de gananciales es válida cuando ambos consortes intervienen. Así Llerena ("puede hacerse la partición conjuntamente por ambos cónyuges")(58)(528); Segovia, en crítica al texto (la circunstancia de que existan gananciales "no debiera estorbar a que ambos cónyuges los repartiesen entre los hijos comunes")(59)(529); Rébora ("nada impide . . . que el padre y la madre, de consuno, hagan partición entre sus descendientes, comunes y únicos, por medio de un solo acto de donación")(60)(530); Fornieles, considerándola imprudente ("habiendo conformidad entre ambos cónyuges y realizando juntos la partición por donación, podrían disponer de los gananciales")(61)(531); Guastavino ("Si se realiza conjuntamente la partición - donación, acordando ambos cónyuges el reparto de los bienes gananciales entre sus descendientes, desaparece la razón que funda la prohibición del art. 3526. Aunque los bienes por ser gananciales sean todavía indeterminados en cuanto a su titular ulterior, el consentimiento de los dos únicos posibles titulares definitivo obvia todo inconveniente de la adjudicación")(62)(532); Borda(63)(533). Alberto J. Molinas se definió en contra de esta interpretación del art. 3526, invocando la claridad con que prohíbe la partición, subsistente la sociedad conyugal: "el precepto dice claramente que la partición no podrá hacerse mientras existe la sociedad conyugal o continúe de hecho con el cónyuge vivo o sus herederos y no debemos olvidar que cuando el texto de la ley es claro, es por demás peligroso avanzar demasiado lejos para buscar otro alcance que no sea el que surge de sus términos... Aplicando el principio que anotamos a los efectos de interpretar el art. 3526. .. no es posible, a nuestro juicio, hacer un distingo que el precepto no hace y limitar el alcance del mismo". También subraya que el art. 3527 se refiere sólo a la partición por testamento y regla el único caso, de excepción, en que un esposo puede partir sus bienes por el medio indicado, vigente la sociedad conyugal(64)(534).

Debe atenderse a que los autores citados, en su referencia implícita o explícita a la partición - donación de gananciales, tienen en cuenta el régimen patrimonial matrimonial que les era contemporáneo, en los cuales la donación de gananciales exigió o no asentimiento conyugal



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

según los períodos y tipos de tales bienes. Borda y Guastavino argumentan dentro del régimen actual.

Circunscribiendo el razonamiento a éste, no puede hablarse de donación conjunta salvo que se trate de gananciales adquiridos conjuntamente por ambos esposos. En todo otro supuesto, sea o no exigido por ley el asentimiento conyugal, es evidente que "donante" es el cónyuge titular y que asintiendo su consorte no se ubica en idéntico rol de sujeto negocial. En otros términos: no es posible donar conjuntamente, con lo que el instrumento para realizar la partición de gananciales es un negocio imposible.

Es aceptable, sí, el argumento de circunstancia porque la conformidad manifestada por el no titular implica su voluntad de partir también la parte que le corresponderá como socio, desplazando el peligro de complicaciones y desacuerdos. Fundamentalmente, el consorte que asintió no podrá rehusar en el futuro lo que en el momento de la donación aceptó con libre voluntad.

Cesando la ratio legis, es prudente concluir que cesa la norma. De cualquier manera, la partición - donación de gananciales acoge solamente el supuesto de que el consorte que asienta carezca de vocación hereditaria con respecto al otro. En caso contrario, la eficacia del asentimiento está absolutamente obstaculizada por la prohibición de la renuncia a herencia futura (art. 3311). La conformidad expresada no comporta renuncia anticipada a los gananciales, también prohibida (art. 1218) porque lo está la que favorece al otro consorte, que no es ni la finalidad ni el resultado de la aquí estudiada.

El cónyuge carece de vocación hereditaria sobre los gananciales cuando concurren a la sucesión: a) descendientes legítimos y comunes; b) descendientes de un anterior matrimonio del causante; c) descendientes legítimos, comunes o no, y descendientes extramatrimoniales del difunto(65)(535). La exposición de las concurrencias que excluyen al cónyuge de heredar sobre los gananciales que fueron adjudicados al difunto en la división de la sociedad conyugal, impone por sí sola la limitación de la partición - donación aceptable a la primera hipótesis. Mal podría el consorte del donante partir anticipadamente los gananciales que le corresponderán entre quienes no son sus sucesibles: descendientes de un matrimonio anterior o descendientes extramatrimoniales de su consorte fallecido.

En síntesis: procede la partición - donación conjunta de gananciales entre los descendientes legítimos comunes cuando: 1º) la efectúa con asentimiento de su consorte, exigido o no por ley; 2º) los progenitores dividen gananciales de titularidad conjunta, sumándose las donaciones de cada uno con asentimiento del otro, requerido o no por ley.

En una especie judicial resuelta por la Cámara Nacional Civil, Sala D, se consideró una partición - donación efectuada por ambos progenitores de los donatarios sin que su procedencia inquietara al tribunal(66)(536).

## **5. Protección del interés del cónyuge del donante después de la muerte**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**de éste.**

La protección del cónyuge con respecto a las donaciones realizadas por su consorte, después de la muerte de éste, procede mediante los siguientes recursos: a) acción de nulidad de acuerdo a las reglas generales o por falta o invalidez del asentimiento; b) acción de simulación; c) acción revocatoria; d) acción de colación si goza de vocación hereditaria sobre los gananciales; e) acción de reducción en igual caso; f) reclamo de compensación en la cuenta de liquidación de la sociedad conyugal invocando el abuso del derecho en que incurrió el donante.